

# **RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA**

**ELIANA CALMON ALVES**

*Ministra do Superior Tribunal de Justiça*

## **I – INTRODUÇÃO**

Dentre as novas tendências do direito, prevêm os futuristas jurídicos o retorno da força do Direito Civil, sufocado no final do século XX pela pujança do Direito Público, movimento provocado pela intervenção do Estado-Social em favor da igualdade substancial.

Com o declínio do liberalismo jurídico e o início da terceira onda de que fala Alvin Toffler, o Estado-Social, cujas características marcantes foi o fortalecimento das políticas públicas em favor das minorias, descarta-se o ideário da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade e solidariedade -, substituindo-se a igualdade formal, outorgada pela lei, para se pugnar em prol da igualdade substancial, entendendo-se como tal a intervenção do Estado na criação de oportunidades para possibilitar ao cidadão desfrutar dos direitos concedidos formalmente.

A diretriz maior na consecução da igualdade substancial foi a política de quotas ou discriminação benigna em favor de grupos minoritários, fragilizados por questão de raça, cor, sexo, religião e outros, sem acesso a uma série de direitos, embora tecnicamente fossem deles titulares.

Esses direitos de terceira geração vão sendo deixados para trás, debruçando-se os direitos de quarta geração, ainda sob a égide da terceira onda, sobre os direitos das diferenças: todos são iguais, muito embora tenham diferenças, diferenças que devem ser respeitadas e consideradas como de absoluta normalidade.



<http://bdjur.stj.gov.br>

No trabalho jurídico das diferenças, assume o Direito Privado, especialmente o Direito Civil papel fundamental, pois o Estado vai deixando o palco intervencionista e cedendo lugar aos cidadãos, que procurarão se harmonizar por via das regras do mercado e pelas próprias regras, criadas pela vontade, diante da importância das relações obrigacionais firmadas pelos contratos.

Dentro da nova onda civilista, os ramos do Direito Civil que assumem importância maior são: o Direito de Propriedade, o Direito de Família e a Responsabilidade Civil. Daí a atualidade do tema a ser abordado, o qual insere no campo da responsabilidade os danos ocasionados nas relações de família.

## **II – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DIREITOS PESSOAIS**

Em 2001 realizou-se, sob o patrocínio do Conselho da Justiça Federal, a Jornada de Direito Civil, com o escopo de analisar tecnicamente o Código Civil que chegaria à sociedade brasileira, ao cabo do período da *vacatio legis*, para substituir o velho Código de 1916.

O novo Código recebeu críticas acirradas de todos os quadrantes, sendo adjetivado de retrógrado, omissivo, tímido, confuso e, sobretudo, não sintonizado com a sociedade brasileira - acusações só sepultadas quando, a partir de 2002, entrou o novo diploma em vigor.

Na jornada referida, a comissão de estudo presidida pelo Ministro Paulo Távora teve como relatora a professora Cláudia Lima Marques que, no capítulo da responsabilidade civil, deixou registrada a seguinte observação:

No que tange à responsabilidade civil, o novo Código representa, em geral, notável avanço, com progressos indiscutíveis, entendendo a comissão que não há necessidade de prorrogação da *vacatio legis*.



O diagnóstico foi perfeito e, entrando em vigor a partir de janeiro de 2003, não se tem notícia de controvérsias significativas sobre o moderníssimo dispositivo consubstanciado no artigo 928, do teor seguinte:

O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

A Comissão concluiu que: “a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no artigo 928, traduz um dever de indenização eqüitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (artigo 1º, III, da CF), constitui um feixe ou leque de interesses que, na visão da Professora Judith Martins Costa, constante de sua publicação - “Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação” - podem ser assim sintetizados:

- 1) interesse à vida privada, à intimidade, o direito de estar só, de estar consigo mesmo;
- 2) interesse à dor, aos afetos, aos sentimentos;
- 3) interesse à expectativa de vida e aos projetos existenciais;
- 4) interesse em torno de imagem social, à auto-estima e à estética;

5) interesse à criações intelectuais e artísticas, em seus aspectos não patrimoniais; e

6) interesse à honra e ao nome.

Não são poucos os autores a elaborarem relação dos direitos que estão contidos no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, mas é inesgotável a gama de direitos e interesses aí abrigados, suscetíveis de tutela jurídica, formando um grupo denominado de direito da personalidade.

Não se sabe, em extensão, quantitativa ou qualitativa, quais são os direitos da personalidade, porque a tipicidade aberta, como uma das características do Direito Constitucional e da legislação civil, permite que haja um desdobramento infindável desses direitos.

Observadas as fontes do direito, podemos dizer que a doutrina age como “carro chefe” nos avanços dos novos direitos, absorvendo os pensamentos dos pensadores jurídicos por mais modernos ou extravagantes, sem preconceito algum, para ser trabalhado dentro da técnica científica, até ser consagrado como pensamento. Esse caminho faz com que assumam os doutrinadores a vanguarda do fenômeno jurídico. O Direito pretoriano, mais cauteloso e com raízes balizadas no Direito positivo, é menos arrojado, mas absorve os avanços da doutrina, na medida em que os novos pensamentos jurídicos se consolidam dentro da perspectiva de solução dos conflitos postos para apreciação da magistratura. Finalmente o legislador, guiado pela jurisprudência, modera os interesses dos grupos políticos e estratifica na norma o que se apresenta plausível como consenso no tempo e no espaço.

No campo da reparação de danos causados aos direitos da personalidade, a jurisprudência sempre foi muito tímida, mas o tema acabou sendo impulsionado pela doutrina até positivar-se no Código Civil,



ao abrigo do dano moral que, no Brasil, aguardou mais de cinquenta anos para merecer a qualificação do legislador.

No campo do Direito de Família a doutrina não poupa avanços, mas a jurisprudência ainda resiste à aceitação, sendo poucos os julgados a consagrarem a tese, mantendo-se o legislador inteiramente silencioso, seja na Constituição seja no Código Civil, inexistindo definição da matéria sob o aspecto do Direito positivo. Afinal, o campo do Direito de Família é recheado de conceitos e preconceitos firmados nos laços de afeto, difíceis de serem trabalhados sob um enfoque econômico.

Voltando aos direitos da personalidade, a Constituição de 1988 contemplou-os com a possibilidade de reparação, a partir do princípio contido nos incisos V e X do artigo 5º, assegurando o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem, bem assim ao dano material ou moral por violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Antes da CF/88 a jurisprudência assumiu de forma tímida, em algumas poucas hipóteses, o direito de indenização do dano material decorrente de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, sendo esse o primeiro passo para chegar-se à indenização no Direito de Família.

Relevante foi o papel da jurisprudência de outros países, como a França, que consagrou o direito indenização no campo do Direito de Família ainda na década de 30, antes do Código Civil de 1941. O mesmo ocorreu em Portugal no final da década de 80, por uma lei de 1989. Na América do Sul, a Argentina e o Uruguai apresentam-se como países de vanguarda no específico tema, vindo do primeiro grande número de precedentes, consagrando a tese jurídica em apreciação.



A estabilidade das relações familiares resultante da indissolubilidade do casamento favorecia a muitas separações de fato e poucos desquites, porque também poucas eram as razões que levavam à separação, como componente culpa de um dos cônjuges, o qual ficava obrigado a cumprir com as obrigações existenciais para com o cônjuge inocente, sendo bem poucas as sanções impostas pela culpa. A reprovação era praticamente de duas ordens: perda do direito a alimentos e ao uso do nome, sanções que, em verdade, praticamente só atingiam a mulher, quando culpada. Afinal, geralmente a situação de alimentante era do cônjuge varão e o nome também era dele, porque a mulher é que assumia os seus apelidos.

A adoção do divórcio e a paridade de sexos, dentro e fora do casamento, foram deixando sem importância a idéia de culpa nos processos de separação, mesmo porque o simples decurso do tempo de separação fática leva à natural separação judicial, sem que se decline qual a razão para tanto.

Dentro desse novo enfoque, deixa-se aqui registrado que a questão dos alimentos é inteiramente distinta da idéia de indenização por responsabilidade civil. A pensão alimentícia é um dever derivado de laços parentais estabelecidos entre marido e mulher, companheiro e companheira e entre estes e os seus descendentes e ascendentes. O fundamento, portanto, transcende a idéia de matrimônio ou de culpa, pois está pautado no dever moral e social de prestar assistência.

A responsabilidade civil, diferentemente, tem como substrato a idéia de dano que atente contra o estado de família, o qual se sobrepõe como atributo da personalidade. O ilícito que atente contra o estado familiar, capaz de gerar gravame moral, assim como sucede nas demais violações do direito da personalidade, está sujeito a ser reparado mediante indenização.



O professor Mário Moacyr Poeto, ilustre civilista paraibano, admite a responsabilidade civil entre cônjuges, sendo pertinente que seja cumulado no processo de separação judicial o pedido de indenização de dano resultante de injúria, por exemplo, a qual pode refletir na reputação social ou profissional do parceiro.

Amplia-se o pleito indenizatório na medida em que se admite como passível de ressarcimento a ofensa à honra matrimonial, a negligência ou a imprudência pela transmissão ao parceiro de enfermidade contagiosa, a recusa injustificada ao reconhecimento da paternidade biológica, extra-matrimonial (a paternidade matrimonial independe de reconhecimento porque é presumida), a imputação caluniosa de adultério e o pedido arbitrário de interdição.

A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, exigindo para sua configuração juízo de censura do agente capaz de entender a ilicitude de sua conduta. Enfim, exige-se comportamento culposos ou doloso, de tal sorte que só se pode pleitear ressarcimento, se comprovado que o chamado a indenizar agiu com culpa ou dolo.

Também é preciso demonstrar o nexo de causalidade entre o agir com dolo ou culpa e o dano, que deve ser certo, presente ou futuro e próprio, podendo atingir o patrimônio material ou moral.

Na esfera patrimonial não há maiores dificuldades em admitir e quantificar o dano. Elas surgem em relação ao dano imaterial e na mensuração do dano moral. Afinal, quanto vale, por exemplo, a honra do incapaz? Como mensurar a recusa de um pai em reconhecer a paternidade? Como estimar em valor econômico o direito à identidade e à integridade moral de uma criança? Afinal, não mais se pode ter dúvida de que a filiação e o apelido, como atributos da personalidade, não podem ser desconhecidos, devendo a ordem jurídica compatibilizar-se com a



ordem biológica. Daí a averiguação oficiosa da paternidade de que fala o artigo 2º da Lei 8.560, de 29/12/1992.

### **III – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA**

#### **1. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

Em relação à ação de investigação da paternidade, a jurisprudência hoje reconhece, após grande resistência: a flexibilização da coisa julgada, o direito da personalidade como Direito natural, inerente à condição humana e a possibilidade de reabertura da prova pelo surgimento de novos métodos probatórios, como o exame de DNA. Para tanto, construiu-se o entendimento de que em matéria de investigação de paternidade, pela relatividade das provas, só há coisa julgada formal e não material, o que possibilita a reabertura da prova.

Na Apelação Cível 7002610012, julgada em 12/09/2001, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo vencido o relator, concluiu que a sentença anterior tinha decidido com deficiência de prova, o que impediu a formação de coisa julgada material, cotejando o Tribunal o valor da segurança jurídica com o valor da dignidade da pessoa humana, inserido no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal. O final da ementa encerra enunciado da maior importância, digno de ser transcrito:

O direito à identificação está ligado à preservação dessa dignidade e deve-se sobrepor a qualquer outro valor, a qualquer outro princípio, inclusive o da segurança jurídica, que a coisa julgada busca preservar.

Já, em 1999, o Tribunal de Justiça de Goiás, examinando a Ação Rescisória 1144/6, em sessão do dia 18 de agosto, concluiu, magistralmente:



O princípio da verdade real deve prevalecer no interesse da axiologia do direito, em detrimento da coisa julgada.

No STJ a posição inicial negava sistematicamente a reabertura da prova, soldada pelo manto da coisa julgada. Assim ocorreu em diversas ações dentre as quais estão os REsp 196.966/DF, 156.009/RJ, 107.248/GO e 26.842/GO.

Entretanto, no REsp 226.436/PR, a Quarta Turma do STJ pronunciou-se enfaticamente no sentido de que “o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real”.

Ainda em matéria de investigação de paternidade há discussão em torno do direito de não fornecer elementos para um exame, tais como o sangue, a saliva, o fio do cabelo etc.

Mais uma vez está em confronto dois valores, ambos juridicamente protegidos: o direito ao seu próprio corpo, preservando a sua integridade e sua intimidade e o direito de outrem de ser examinada a questão da sua identidade. A jurisprudência está solucionando no sentido de não obrigar o fornecimento de elementos para exame, mas na avaliação do contexto fático probatório, pode o magistrado avaliar a recusa como um indício de culpa, a qual pode configurar-se à vista de outros elementos. Também tem sido admitido o exame de elemento de identificação que não seja obtido por meios ilícitos, como ocorreu em conhecido processo do Estado de Goiás, em que o exame de DNA foi feito a partir de uma ponta de cigarro descartada por quem se recusava a fornecer elementos para exame.

Anote-se que o direito que se tem à identidade deve ser avaliado economicamente e vem a jurisprudência reconhecendo que a



resistência, ocasionando a privação da identidade, é passível de indenização.

É bem verdade que não há unanimidade quanto a esse enfoque, como ocorreu no julgamento da Apelação Cível 59612757/RS, em que o relator, Desembargador Araken de Assis, deixou registrado o seguinte entendimento:

Não tem o filho pretensão para haver do pai, após o reconhecimento forçado da paternidade, indenização pelas privações sofridas em razão de negligência deste, a título de dano moral, porque a condição de filho, no qual se baseia a demanda indenizatória, é efeito da investigação acolhida há pouco.

Verifica-se que o Tribunal deu efeito ex nunc, a investigação de paternidade, quando se sabe que tem a mesma, por ser de natureza declaratória, efeito ex tunc.

## **2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL**

Para análise trago à colação interessantíssimo julgado do STJ, no Recurso Especial 3.051/SP, sendo relator o Ministro Nilson Naves, o qual examinava a situação de um casal de libaneses, casados no país de origem, mas residentes no Brasil. A mulher, por longos anos, foi submetida a maus tratos, inclusive com violência física, tendo sido reduzida à situação de escrava, vivendo em cárcere privado. Ao ser proposta a separação judicial foi o pleito cumulado com o pedido de indenização por dano moral.

O juiz de primeiro grau reconheceu o direito à indenização, mas o Tribunal de Justiça reformou a sentença, ao argumento de que o temperamento oriental do cônjuge varão, diante do natural machismo



próprio da sua cultura, herdado de seus ancestrais, afastava a hipótese de dano moral, por ausência de culpa.

O STJ reverteu o julgamento ao afirmar que:

O sistema jurídico brasileiro admitia na separação e no divórcio, a indenização por dano moral, sendo juridicamente possível o pedido formulado contra o cônjuge responsável exclusivo pela separação.

E, diante do seu comportamento injurioso, reconheceu-se incidir na espécie o disposto no artigo 159 do Código Civil antecedente, para admitir a obrigação de serem ressarcidos os danos morais.

No julgamento, o Ministro Waldemar Zveiter, ao pronunciar o seu voto, deixou consignado que:

Os valores orientais não podem servir de escusa para a prática de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico brasileiro.

Também interessante a observação do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que assim se manifestou:

Se existe um comportamento injurioso diante da lei brasileira, causando a ruptura do casamento, diante das atitudes dominadoras do marido que provocam a instabilidade psíquica da mulher, a indenização é cabível.

Embora não sejam muitos os precedentes jurisprudenciais consagrando a tese da indenização no Direito de Família, tradicionalmente fundamentado no afeto e nos laços parentais, sem se dar valor econômico às relações de família, muda-se neste início de século o paradigma. Nesse mundo globalizado e mensurável pelo econômico, passa o patrimônio moral a ter valor materializado em espécie dinheiro e, como tal, tem a

jurisprudência de, seguindo os passos da doutrina, forçar o legislador a positivar na legislação o conteúdo desse direito.

### **BIBLIOGRAFIA:**

1. Artigo publicado na Revista do Ministério Público de São Paulo, intitulada " Questões de Direito Civil e o Novo Código", com o título de "Dos Alimentos no Direito de Família e o Novo Código Civil – Célere apreciação, de autoria do Procurador de Justiça do Estado de São Paulo Dr. Washington Epaminondas Medeiros Barra, São Paulo/2004.

2. Artigo publicado na mesma revista, no mesmo número, sob o título "Direito Patrimonial conjugal", de autoria do Procurador de Justiça de São Paulo, Dr. João Francisco Moreira Viegas, mestre em Direito Civil.

3. Artigo publicado na revista AJURIS, nº 71, 1997, intitulado "O Dano Moral na Investigação de Paternidade", de autoria do Professor Rolf Madaleno.

4. Artigo publicado na "Revista Brasileira de Direito de Família", nº 13, 2002, de autoria de Fernanda e Victor Hugo Oltramari.

5. Relatório da Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF, número 1, ano 15, janeiro 2003.